

Secretaría General
Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones

Ref. Expediente:

Informe del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en relación con la reclamación presentada por D. XXXX, en fecha XX de XXX de XXXX contra la entidad XXXX.

I. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Don XXXX interpuso, en tiempo y forma, reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad, y posteriormente ante este Departamento, por la que mostraba su disconformidad respecto al cobro de compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés tras haber procedido, respectivamente, a la amortización parcial y total de su préstamo hipotecario, formalizado en fecha 30 de abril de 2015.

Detalla el Sr. XXXX que el 26 de enero de 2016 amortizó anticipadamente un 20% del capital pendiente sin comisión ni penalización, tal y como se había pactado y firmado. Posteriormente, indica que, en fecha 15 de marzo de 2016 procedió a amortizar parcialmente 23.600 euros, cantidad por la cual se le aplicó una compensación por desistimiento del 0,5% -118,00 euros- y una compensación por riesgo de tipo de interés del 2,5% -590,00 euros-. En último lugar, señala que en fecha 17 de marzo procedió a la cancelación total del préstamo por importe de 32.558,68 euros por la que se le cargó una compensación por desistimiento del 0,5% -162,79 euros- y una compensación por riesgo de tipo de interés del 2,5% -813,97 euros-.

Adicionalmente, señala que en la FIPER que se le proporcionó con anterioridad a la formalización del préstamo hipotecario aparecen recogidas las compensaciones controvertidas, sin embargo, no se especifica distinción sobre si el cargo de las mismas se refiere a supuestos de amortización subrogatoria o no subrogatoria.

Solicita, por lo anterior, la devolución de las cantidades cobradas por la compensación por riesgo de tipo de interés.

Se da por reproducido el contenido de su escrito de reclamación por ser conocido por ambas partes.

II. ALEGACIONES DE LA ENTIDAD RECLAMADA

La entidad reclamada presentó escrito de alegaciones con fecha de entrada en el registro de este Banco de España el **19 de agosto de 2016**, en el que, en esencia, alega lo siguiente:

- Que en fecha 30 de abril de 2015 se firmó ante notario el préstamo hipotecario suscrito por las partes. Anteriormente, el 22 de abril de 2015 se le había proporcionado al cliente la FIPER preceptiva. Tanto en la FIPER como en la cláusula cuarta de la citada escritura, se establecen las compensaciones controvertidas.
- Que en fecha 26 de enero de 2016, el Sr XXXX efectuó una amortización parcial anticipada por importe de 19.800 euros a través de la banca on-line. Este importe suponía un 20% del capital prestado por lo que no se aplicó compensación por desestimiento ni compensación por riesgo de tipo de interés, al estar exenta de la aplicación de estas compensaciones la cantidad amortizada.
- Que posteriormente, el cliente realizó una simulación de amortización anticipada también a través de la banca on-line. Ante ello, se le informó de que, dado que ya había amortizado en el año natural 2016 un importe del 20% del capital prestado, procedía la aplicación de compensación por desistimiento y por riesgo de tipo de interés.
- Que en fechas 15 de marzo y 17 de marzo de 2016 realizó el cliente sendas amortizaciones, la primera de ellas parcial y la última total, conllevando estas operaciones el cargo, de conformidad con lo pactado y con lo establecido en la Ley 41/2007, de una compensación por desistimiento del 0,5% y de una compensación por riesgo de tipo de interés de 2,5%. Esta última compensación se adeudó en ambos casos porque se acreditó la existencia de pérdida de capital.
- Que, por lo anterior, se considera que las compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés se han aplicado de acuerdo a las condiciones del contrato firmado.
- Que no obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la pérdida de capital ha sido inferior a la compensación por riesgo de tipo de interés aplicada a la amortización, esta entidad va a proceder al abono al Sr. XXXX de la diferencia existente entre la pérdida real y el cargo realizado, lo que supone un importe de 1.295,17 euros.
- Que al hilo de lo anterior, el Sr. XXXX no es a fecha de hoy titular de contrato a la vista alguno en esta entidad, por lo que se ruega que se dirija a la oficina XXX, donde previa firma de un recibo, procederán al abono en efectivo del importe indicado.
- Que por lo anterior, se solicita a esta Instancia que se proceda al archivo del asunto.

III. OPINIÓN DEL DEPARTAMENTO

1.- Con carácter previo a realizar cualquier otra consideración, se hace necesario recordar que, este Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones sólo puede emitir un pronunciamiento sobre aquellas cuestiones que se someten a su conocimiento y cuentan con la debida acreditación documental, no pudiendo entrar a

valorar las manifestaciones verbales que no sean admitidas por ambas partes, ya que ello implicaría dar credibilidad a lo expuesto por una de ellas en detrimento de la otra.

En este sentido, se ha aportado al expediente copia de la siguiente documentación:

- Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de abril de 2015, otorgada ante el notario Don XXXX, bajo el número XXX de su protocolo.
- Ficha de Información Personalizada (FIPER), de fecha 22 de abril de 2015, firmada por las partes.
- Desglose del cálculo de la pérdida generada por la amortización parcial y cancelación total del préstamo hipotecario, efectuadas en fechas 15 de marzo y 17 de marzo de 2016, y que provocó a su vez el cargo de la compensación por riesgo de tipo de interés en sendas ocasiones.
- Registro informático en el que se muestran las compensaciones cuestionadas en las dos amortizaciones anticipadas controvertidas.
- Recibo de la cancelación anticipada efectuada en fecha 17 de marzo de 2016, por importe de 32.558,68 euros, donde se reflejan las compensaciones controvertidas.
- Consulta realizada en la banca on-line donde aparece recogida la amortización parcial anticipada de fecha 15 de marzo de 2015.

2.- Respecto a la cuestión de fondo planteada, corresponde exclusivamente a este Departamento determinar si de la actuación de la entidad reclamada se deriva, o no, **quebrantamiento de lo dispuesto por la normativa de transparencia, o las buenas prácticas bancarias**, en relación con los hechos denunciados.

Se entiende por normativa de transparencia y protección a la clientela la que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establece un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exige la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regula determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información, y, se entiende por buenas prácticas las que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros.

Para ello, este Departamento considera imprescindible precisar que la base para emitir nuestra opinión se encuentra en los contratos suscritos por las entidades con sus clientes, los cuales deben reflejar de forma adecuada y transparente los derechos y obligaciones que asumen, siendo responsabilidad de los clientes su lectura detallada antes de la firma, debiendo, en su caso, solicitar de su entidad todas aquellas aclaraciones que consideren necesarias para una correcta comprensión de los términos acordados, y siendo obligación de ésta facilitarlas, adaptándolas al nivel de comprensión de su cliente, teniendo en cuenta su experiencia en la contratación de productos financieros, pues no olvidemos que a tenor artículo 1091 del Código civil: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”*

Conforme a lo anteriormente expuesto, este Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España considera que las entidades prestamistas, como

profesionales que son en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, deben dar a conocer a sus clientes información financiera completa y comprensible de los productos que éstos contratan con anterioridad a su firma, garantizando de este modo la transparencia y la claridad necesaria para que sea comprensible por el cliente medio.

Dicha información está expresamente prevista en la vigente **Orden EHA/2899/2011**, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, que sustituyó a la **Orden de 5 de mayo de 1994**, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios y que, en la parte relativa al contenido de la reclamación que nos ocupa –información previa –, **entró en vigor el 29 de julio de 2012, por lo que es de aplicación en el caso objeto de estudio, ya que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria data del 30 de abril de 2015.**

Conforme a esta normativa¹, la entidad deberá proporcionar una **Ficha de Información Precontractual** que estará a disposición de los clientes de forma gratuita y tendrá carácter orientativo, con información clara y suficiente sobre los préstamos ofertados; y, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, una **Ficha de Información Personalizada (FIPER)** con el formato que aparece en el Anexo II de la Orden, para dar respuesta a su demanda de crédito, y que se habrá de entregar con la debida antelación, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado. El cliente, además, podrá solicitar la entrega de una oferta vinculante².

De esta manera en la nueva regulación, además de una estandarización de la información previa de este tipo de préstamos en todas las entidades (facilitando así su comprensión y su comparación por los solicitantes), se da especial relevancia en cuanto al contenido de dicha información previa a algunas de las condiciones ofertadas (entre las que se encuentran las comisiones objeto de controversia).

En cuanto a esta **antelación de la información previa**, ni la derogada Orden de 5 de mayo de 1994, ni la vigente Orden EHA/2899/2011, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que en el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y en el de la Orden EHA/2899/2011, en su art. 30.2, determinan que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de la misma, que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER, deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos **tres días hábiles de antelación** de la fecha señalada, en ambas normas reguladores, para la firma de la escritura pública.

3.- De este modo, una vez expuesta la normativa de transparencia aplicable respecto a la información previa, este Departamento debe hacer una serie de precisiones en relación con la normativa aplicable a las **comisiones** en operaciones bancarias:

¹ De aplicación en las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por personas físicas a partir de dicha fecha (cualquiera que sea su importe e incluso cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial), en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

² En todo caso, es necesario tener en cuenta que "Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento" (Art. 23.4 de la Orden).

Se reconoce la **libertad de pacto** de las entidades a la hora de establecer las comisiones que cobren por operaciones o servicios bancarios prestados, y la posibilidad de repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, son exigibles los siguientes requisitos:

- Deben responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente (artículo 3.1. de la Orden).
- Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, en un formato unificado conforme a los términos específicos establecidos en la Circular 5/2012 (Norma Tercera y Anejo 1). Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen. Asimismo, dicha información ha de estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente (artículo 3.2. de la Orden).
- Se habrán de incluir en los documentos contractuales, en el caso de captación de fondos reembolsables y de concesión de préstamo y crédito, en el documento contractual (artículo 7.3. de la Orden), tanto dichas comisiones y gastos repercutibles de aplicación, como los derechos y obligaciones de la entidad para la modificación de dichas comisiones, y los derechos de que en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.
- Además de ello, habrá que estar a cada tipo de contrato o de operativa en concreto para determinar la obligación de información previa que incumbe a la entidad.

Precisado lo anterior, ha de señalarse que, hasta la nueva redacción dada por la Ley 41/2007 a la Ley 2/1994, esta contemplaba la posibilidad de que las entidades adeudaran a sus clientes una **comisión por la amortización anticipada del préstamo**, siempre que así se hubiera pactado en el contrato, y con los límites allí recogidos. El límite, dependiendo de la fecha en que estos préstamos se hubieran concertado, oscila entre un 1% y un 0,5%, **resultando de aplicación para el supuesto objeto de estudio el tercero de los casos a continuación descritos:**

1) Para los concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2003, que posteriormente se tramitó como *proyecto* de ley y fue aprobado como Ley 36/2003), la máxima comisión a aplicar será del 1% sobre el capital pendiente de amortizar, tanto para los supuestos de amortización anticipada subrogatoria como no subrogatoria.

2) Para los concertados a partir del 27 de abril de 2003, ese máximo se reduce al 0,5% para la subrogatoria y se mantiene en el 1% para la no subrogatoria.

3) **Para los concertados a partir del 9 de diciembre de 2007**, (fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007), a los préstamos hipotecarios que no cumplan las condiciones de esta Ley se les aplicará el régimen anterior (Real Decreto-Ley 2/2003 y Ley 2/1994, que sigue vigente). La Ley 41/2007 prohíbe el cobro de comisiones por la amortización

total o parcial, subrogatoria o no, de los préstamos o créditos hipotecarios en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea una persona física o en los que sea una persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto sobre sociedades. En su lugar, establece la posibilidad de pactar unas compensaciones: por desistimiento y/o por riesgo de tipo de interés, siempre que haya sido pactado por las partes.

Esta última posibilidad mencionada es la que resulta de aplicación en nuestro caso puesto que la formalización de la Escritura del préstamo con garantía hipotecaria es del 30 de abril de 2015.

A este respecto, las compensaciones mencionadas se encuentran tipificadas en los artículos 8 y 9 de la mencionada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, (por la que se modifica, entre otras, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario), en los que se establece lo siguiente:

Artículo 8. Compensación por desistimiento

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior:

i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior.

2. Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada.

Artículo 9. Compensación por riesgo de tipo de interés.

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés.

2. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y Hacienda.

En caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

3. La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

4. El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo al apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad”

Por otra parte, el artículo 28 de la Orden EHA/2899/2011, establece sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 28. Índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés.

1. A los efectos del cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés a los que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará teniendo en cuenta los más comúnmente aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización.

2. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés.

3. La forma de cálculo de los índices y tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España.”

Por otra parte, la Circular nº 5/2012 del Banco de España, de desarrollo de la anterior, prescribe en su norma decimoquinta lo siguiente:

“Norma decimoquinta. Índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Orden, para el cálculo del valor de mercado de los préstamos hipotecarios y, en su caso, de la consiguiente compensación por riesgo de tipo de interés a la que se refiere el artículo 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, se considerarán índices o tipos de referencia válidos los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de dos, tres, cuatro, cinco, siete, diez, quince, veinte y treinta años.

Se utilizará, en cada caso, como índice o tipo de referencia el tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo que más se aproxime al que reste desde el momento en que se produzca la cancelación anticipada del préstamo hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés que hubiera debido efectuarse, según lo establecido en el contrato que se cancela anticipadamente, de no producirse su cancelación, o hasta la fecha de su vencimiento en caso de que no estuviera prevista tal revisión.

A estos efectos, cada uno de los índices o tipos de referencia antes mencionados se definirá en iguales términos que los previstos en el apartado 5 del anejo 8 de la presente Circular para los Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años, donde dicho plazo y su identificador se sustituirán por los correspondientes a cada índice o tipo.

2. Para el cálculo del valor de mercado del préstamo o crédito que se cancela anticipadamente, el tipo de interés de actualización vendrá dado por el valor del índice o tipo de referencia que corresponda aplicar de conformidad con lo indicado anteriormente, incrementado en un diferencial.

La cuantía de este diferencial será la que resulte de sustraer al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, según se define este en el apartado 1 del anejo 8, el valor del tipo Interest Rate Swap (IRS) al plazo de un año. A estos efectos, este último tipo se definirá en iguales términos que los previstos en el

apartado 5 del anejo 8 para los Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años, donde dicho plazo se sustituirá por el de un año.

3. Para la realización de los cálculos contemplados en esta Norma, se utilizarán los últimos valores publicados de cada uno de los índices o tipos de referencia, a condición de que todos ellos vengan referidos al mismo mes. Consecuentemente, se utilizarán los valores correspondientes al mes más cercano al de la cancelación anticipada para el que se hayan publicado valores para todos los índices o tipos de referencia que hubieran de tomarse en consideración.”

Por último, los apartados 1 y 5 del ANEJO 8 de la Circular establecen lo siguiente:

“Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario: definición y forma de cálculo

1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta.

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

$$I_c = \frac{\sum I_b + \sum I_{ca}}{n_b + n_{ca}}$$

Siendo:

I_c = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de entidades.

I_b, I_{ca} = Los tipos de interés medios ponderados de los préstamos de cada banco y caja de ahorros, respectivamente.

n_b, n_{ca} = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

Para el cálculo de este índice no se tendrán en cuenta los tipos de interés comunicados por las cajas de ahorros que no ejerzan directamente la actividad financiera.

5. Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

Se define como la media simple mensual de los tipos de interés diarios Mid Spot del tipo anual para swap de intereses (expresado porcentualmente) para operaciones denominadas en euros, con vencimiento a cinco años, calculados por la ISDA (International Swaps and Derivatives Association, Inc.) y publicados por la agencia Bloomberg en la página ISDAFIX bajo el identificador <EISDB05 Index> sobre la mención «11.00 AM London» a las 12.00 a. m. (CET).”

4.- Una vez analizado el panorama normativo aplicable al presente supuesto, y entrando al fondo de la reclamación instada por la parte reclamante, este Departamento debe realizar las siguientes consideraciones:

4.1.- Información previa sobre las compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés.

Habida cuenta de que la parte reclamante manifiesta que la información previa a la formalización del préstamo que se le proporcionó, en especial sobre la inclusión de la estas compensaciones, fue incompleta, es necesario analizar si la entidad cumplió con la normativa de transparencia aplicable en este caso.

En primer lugar, se debe señalar que las compensaciones controvertidas se encuentran recogidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria formalizada por las partes en fecha 30 de abril de 2015, concretamente en la cláusula cuarta, relativa a las comisiones y compensaciones, estableciéndose lo siguiente:

“COMPENSACIÓN POR DESISTIMIENTO.

*En caso de que se produzca, la cancelación subrogatoria o no subrogatoria, total o parcial del presente préstamo, la prestataria deberá abonar a la entidad acreedora una compensación del **0,5%** cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del préstamo, o del **0,25%** cuando la amortización anticipada se produzca durante el resto del plazo, en ambos casos calculada sobre el importe principal amortizado anticipadamente, que deberá satisfacerse de una sola vez y en el momento en que se realice cada reembolso anticipado.*

*Sin embargo, la parte prestataria no tendrá que abonar compensación por desistimiento alguna, cuando el importe de las amortizaciones anticipadas parciales, realizadas dentro de cada año natural, no sume más del **20%** del capital prestado. Si las amortizaciones anticipadas parciales superaran ese porcentaje la compensación por desistimiento se calculará sobre el exceso y deberá abonarse de una sola vez y en el momento en que se realice cada reembolso anticipado que lo supere dentro de ese año. Se entiende por año natural el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año.*

COMPENSACIÓN POR RIESGO DE TIPO DE INTERÉS.

Además de la compensación por desistimiento anteriormente establecida, en caso de que se produzca, la cancelación subrogatoria o no subrogatoria, total o parcial del presente préstamo, la prestataria deberá abonar a la entidad acreedora una

compensación del 2,5% calculada sobre el importe de principal amortizado anticipadamente, que deberá satisfacerse de una sola vez y en el momento en que se realice cada reembolso anticipado.

Sin embargo, la parte prestataria no tendrá que abonar compensación por RIESGO DE TIPO DE INTERÉS, cuando el importe de las amortizaciones anticipadas parciales, realizadas dentro de cada año natural, no sume más del 20% del capital prestado. Si las amortizaciones anticipadas parciales superaran ese porcentaje la compensación por RIESGO DE TIPO DE INTERÉS se calculará sobre el exceso y deberá abonarse de una sola vez y en el momento en que se realice cada reembolso anticipado que lo supere dentro de ese año. Se entiende por año natural el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año.”

En este sentido, pese a haberse introducido en la escritura de préstamo hipotecario las cláusulas anteriormente transcritas, nada se recoge, por un lado, sobre los presupuestos previos necesarios para el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés, esto es, que la amortización anticipada tenga lugar dentro de un periodo de interés variable mayor de 12 meses y siempre y cuando genere pérdidas para la entidad, ni, por otro lado, acerca de la manera de calcular el eventual quebranto, por comparación entre el capital pendiente y el valor de mercado del préstamo, incumpliendo la norma 7.3 letra g) de la Orden EHA/2899/2011, por lo que este **Departamento entiende que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa antes mencionada y de las buenas prácticas y usos bancarios.**

Además de lo anterior, debemos recordar que la entidad tiene la obligación de informar previamente a la firma de la escritura de las principales condiciones financieras del préstamo, conforme a lo establecido en la normativa de transparencia anteriormente descrita.

En la presente reclamación, y tras examinar la documentación adjunta, queda acreditado que el préstamo fue concedido a una **persona física** y la garantía real se constituyó sobre una **vivienda**, resultando dentro del ámbito de aplicación de la Orden EHA/2899/2011.

Asimismo, conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, la información precontractual debe conocerse por parte del cliente con al menos tres días hábiles de antelación al otorgamiento de la escritura.

En este sentido, se ha aportado al presente expediente **Ficha de Información Personalizada (FIPER) de fecha 22 de abril de 2015** en la que se incluye tanto la compensación por desistimiento como la compensación por riesgo de tipo de interés. Por lo tanto, toda vez que el mencionado préstamo se formalizó en fecha 30 de abril de 2015, se ha podido constatar que la entidad se ajustó a la antelación exigida para la entrega del citado documento –al menos 3 días hábiles con anterioridad a la formalización del préstamo hipotecario–.

No obstante lo anterior, se ha podido verificar que **en la FIPER no se explica que solo cabe el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés si la cancelación se efectúa dentro de un periodo de revisión de tipo de interés de duración superior**

a 12 meses y siempre y cuando genere pérdidas para la entidad. Adicionalmente, en la citada FIPER falta también la información sobre la aplicación de ambos tipos de compensación a las amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias, denunciado por el reclamante, así como la forma de cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés, incumpliendo el apartado 6º del anexo IV parte B de la Orden EHA/2899/2011, por lo que **esta Instancia estima que la conducta de la entidad supone un quebrantamiento de la normativa indicada y de las buenas prácticas y usos bancarios.**

4.2.- Procedencia del cobro de las compensaciones por desistimiento y por riesgo de tipo de interés.

4.2.1.- Compensación por desistimiento

Volviendo sobre el punto anterior de este informe, en el que se transcribe la cláusula relativa a la compensación desistimiento, debe señalarse, con anterioridad a cualquier otra consideración, que resulta incontrovertido, en virtud de lo declarado por las partes, que en la primera amortización parcial efectuada por la parte reclamante –que supuso la amortización del 20% del capital pendiente-, en fecha 26 de enero de 2016, la entidad no cargó ninguna compensación, de conformidad con lo dispuesto en el clausulado antes recogido.

Expuesto lo anterior, debe recordarse que se efectuaron posteriormente, en fechas 15 de marzo y 17 de marzo de 2016, una amortización parcial anticipada y una cancelación total anticipada, de 23.600 euros y 32.558,68 euros, respectivamente. En relación con las mismas, consta acreditado que la entidad adeudó en concepto de compensación por desistimiento en ambas amortizaciones, un 0,5% del capital que se amortizaba o cancelaba, esto es, 118 euros y 162,79 euros, como se puede constatar en el registro informático aportado por la entidad para la primera de las compensaciones y en el recibo de la cancelación total aportado por la entidad para la compensación por desistimiento ocasionada por la cancelación total.

Adicionalmente, debe señalarse, que dado que la parte reclamante, tan solo un mes antes, en fecha 26 de enero de 2016, ya había amortizado un 20% del capital pendiente de pago -cantidad máxima por año natural que estaría exenta del cargo de las compensaciones analizadas-, la entidad estaba facultada para cobrar las citadas compensaciones, toda vez que éstas se estaban realizando -15 y 17 de marzo de 2016- dentro del mismo año natural que la anterior.

Por último, y habida cuenta que las dos amortizaciones anticipadas se efectuaron dentro de los 5 primeros años de la vida del préstamo hipotecario –formalizado en fecha 30 de abril de 2015-, el cobro del 0,5% por compensación por desistimiento, además de ajustarse a lo pactado, se adaptó también a lo dispuesto por la normativa vigente, la Ley 41/2007, en su artículo 8, transcrito en el presente informe.

Consecuentemente, **este Departamento considera que la actuación de la entidad se ajustó a normativa y a las buenas prácticas bancarias** por cuanto su proceder viene refrendado por los pactos alcanzados por las partes en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de abril de 2015.

4.2.2.- Compensación por riesgo de tipo de interés

Igualmente que en el caso de la compensación por desistimiento, debe señalarse, con anterioridad a cualquier otra consideración, que resulta incontrovertido, en virtud de lo declarado por las partes, que en la primera amortización parcial efectuada por la parte reclamante –que supuso la amortización del 20% del capital pendiente-, en fecha 26 de enero de 2016, la entidad no cargó ninguna compensación, de conformidad con lo dispuesto en el clausulado antes recogido.

Expuesto este hecho, esta Instancia debe recordar que la citada compensación sólo se puede aplicar si ésta se encuentra pactada en los préstamos hipotecarios con riesgo de tipo de interés, es decir, con una periodicidad de revisión del tipo de interés aplicable superior a un año. En el presente caso, atendiendo a lo estipulado en la cláusula tercera de la escritura del préstamo, el tipo de interés es fijo durante toda la vida del préstamo –siendo del 2,90% en los primeros doce meses y 3,50% en los siguientes-, por lo tanto, y dado que las amortizaciones que van a ser objeto de estudio se han efectuado -15 y 17 de marzo de 2016- dentro de este primer periodo, de duración igual a un año, la entidad no estaría facultada para proceder al cobro de la compensación citada.

Al hilo de lo anterior, se ha constatado que ambas amortizaciones –parcial y total-, de fechas 15 y 17 de marzo han supuesto el cobro, en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés, de un porcentaje del 2,5% sobre el capital amortizado anticipadamente, es decir la entidad ha cargado por la compensación citada 590,00 euros en el caso de la amortización parcial -23.600 euros- y 813,97 euros en el caso de la cancelación total -32.558,68 euros-, respectivamente.

Por todo lo expuesto y, sin perjuicio de que la entidad haya procedido a la devolución parcial de las cantidades cobradas por estas compensaciones, **este Departamento entiende que la actuación de la entidad supone un quebrantamiento de la normativa anteriormente transcrita –artículo 9.1 de la Ley 41/2007-** por cuanto no procedía el cobro de estas compensaciones, ya que, como se ha explicado, ambas amortizaciones se llevaron a cabo en un periodo de interés fijo igual a doce meses.

Consideraciones que nos permiten alcanzar la siguiente,

IV. CONCLUSIÓN

1.- Con respecto a los hechos que motivan esta reclamación, este Departamento considera que:

- i. **Con respecto a la información previa, esta Instancia estima que la conducta de la entidad supone un quebrantamiento de la normativa indicada y de las buenas prácticas y usos bancarios** por cuanto se ha podido verificar que en la FIPER no se explica que solo cabe el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés si la cancelación se efectúa dentro de un periodo de revisión de tipo de interés de duración superior a 12 meses y siempre y cuando genere pérdidas para la entidad.

Adicionalmente, en la citada FIPER falta también la información sobre la aplicación de ambos tipos de compensación a las amortizaciones anticipadas subrogatorias y no subrogatorias, denunciado por el reclamante, así como la forma de cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés, **incumpliendo el apartado 6º del anexo IV parte B de la Orden EHA/2899/2011.**

- ii. Por otro lado, en referencia a la inclusión de las compensaciones cuestionadas en el contrato de préstamo, se ha de señalar que en el mismo nada se recoge, por un lado, sobre los presupuestos previos necesarios para el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés, esto es, que la amortización anticipada tenga lugar dentro de un periodo de interés variable mayor de 12 meses y siempre y cuando genere pérdidas para la entidad, ni, por otro lado, acerca de la manera de calcular el eventual quebranto, por comparación entre el capital pendiente y el valor de mercado del préstamo, incumpliendo la norma 7.3 letra g) de la Orden EHA/2899/2011, por lo que este **Departamento entiende que la actuación de la entidad podría constituir un quebrantamiento de la normativa antes mencionada y de las buenas prácticas y usos bancarios.**
- iii. En relación con el cobro de la compensación por desistimiento, **esta Instancia estima que la entidad se ajustó a normativa y a las buenas prácticas bancarias** por cuanto su proceder viene refrendado por los pactos alcanzados por las partes en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de abril de 2015.
- iv. En relación con el cobro de la compensación por riesgo de tipo de interés, **este Departamento considera que la actuación de la entidad supone un quebrantamiento de la normativa anteriormente transcrita –artículo 9.1 de la Ley 41/2007-** por cuanto no había lugar al cobro de estas compensaciones, ya que, como se ha explicado, ambas amortizaciones se llevaron a cabo en un periodo de interés fijo igual a doce meses

2.- Este Departamento no es competente para pronunciarse, tampoco, sobre el carácter abusivo de una cláusula y/o sobre cualquier eventual vicio en el consentimiento prestado, así como, por tanto, sobre la declaración de nulidad de un contrato o de algunas de sus cláusulas, no pudiendo pronunciarse al respecto y debiendo ser igualmente planteadas estas cuestiones, de estimarse oportuno, ante los tribunales de justicia, únicos competentes a tal fin.

3.- Se recuerda que este informe no es susceptible de recurso ni ulterior tramitación en esta sede, dejando a salvo los derechos de los particulares para proceder en la forma que estimen conveniente a sus intereses ante la jurisdicción competente.